Die Verteilung des Beweises im Falle des § 287 Satz 2 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Rudolf Kaschade

Referendar am Königlichen Amtsgericht

zu Landeck in Schlesien.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meiner Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

A. Römisches und gemeines Recht.

Arndts (R. v. Arnesberg), Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl. 1889.
Arumaeus, De mora Commentarius methodicus. Ausgabe von 1701.
Bartholemaeus Romuleus, Compendium seu tractatus morae. Ingolstadt 1569.
Braun, Erörterungen zu den bestrittensten Materien des römischen Rechts in Zusätzen zu Thibauts Pandektensystem. 7. Aufl. Teil 1. Stuttgart 1831.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. Abt. 1. 2. Aufl. 1879.
Buchka, Die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis. Teil 1. Rostock-Schwerin 1846.
Cocceii, Dissertatio de mora. Heidelberg 1685.
Cocceii (Samuel), Ius civile controversum. Editio nova Teil 1. Leipzig. Ausgabe von 1791.
Cohnfeld, Die Lehre vom Interesse im römischen Recht. Leipzig 1865.
Contius, Tractatus quinque: tractatus II de diversis morae generibus. Ausgabe von 1614.
Cuiacius, Opera omnia Tom. I. Ausgabe Neapel 1758 ad l. 23 D. de verb. obl. (45, 1); ad Africanum tract. IX. Cöln 1595.
Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 5. Aufl. Berlin 1897.
Donellus, Opera omnia. Ausgabe Hilliger. Tom. IV: de iure civile Lib. XVI cap. II de mora, 1764. Tom. X: Comment. ad Tit. Dig. de usuris et mora Cap. V de mora, 1766. Tom XI: Comment. ad Tit. de verb. obl. (45, 1) ad l. 23 (si ex legati causa), 1767.
Ernst, Rechtshistorische Begründung der mora. Inaug.-Diss. Bern 1882.
Faber, Rationalia in Pandectas. pars II. 1619.
Fritz, Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wening-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. Heft 3. Karlsruhe-Freiburg 1839.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 4 Erlangen 1796, Bd. 8 Erlangen 1807.
Haenel, Dissensiones dominorum. Leipzig 1834.
Heidelberger Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. Bd. 2 1855, Bd. 3 1856.
Hofacker, Principia iuris civilis Romano-Germanici. Ausgabe 1794. Tübingen.
Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. Bd. 3. 3. Aufl. Leipzig 1864.
Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867.
Kniep, Die mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht. Bd. 2. Rostock 1842.
Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preußischem Recht. Breslau 1836.
Madai, Die Lehre von der mora. Halle 1837.
Makeldey, Lehrbuch des römischen Rechts. 14. Ausgabe. Wien 1862.
Mascov, De sectis Sabinianorum et Proculianorum. Leipzig 1728.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 1: Die Unmöglichkeit der Leistung. Braunschweig 1853. Bd. 3: Die Lehre von der mora. Braunschweig 1855.
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. 4. Aufl. Halle 1844.
Müller, Lehrbuch der Institutionen. Leipzig 1858.
Prousteau, Recitationes ad legem 23 D. de reg. iur. in Meermann, Novus Thesaurus iuris civilis et canonici. Tom. III. 1752.
Puchta, Pandekten. 11. Aufl. 1872.
Noodt, Opera omnia. Tom. II. 1724.
de la Reberteria, Opus de mora. Paris 1567.
Richter, Kritische Jahrbücher für die deutsche Rechtswissenschaft. 2. Jahrg. Bd. 3. Leipzig 1838.
Roßhirt, Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrecht. Heft 1. Heidelberg 1831.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 6. Berlin 1847.
Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts. Leipzig 1846.
Schömann, Lehre vom Schadensersatz. Teil 2. Gießen 1806. Fragmente. Jena 1814.
Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. 4. Ausgabe.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Leipzig 1868.
Thibaut, System der Pandekten. Bd. 1. 8. Ausgabe. Jena 1834.

Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. 1. Leipzig 1840.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. 1869.
Voet, Commentarius ad Pandectas. Editio IV. Tom. I. 1723.
Wächter, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht. Heft 3. 1846.
Wahlburg, Inwieweit haftet der debitor morosus für den zufälligen Untergang des Schuldgegenstandes. Diss. Greifswald 1895.
v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. Bd. 2. München 1823.
Wernher, Selectae observationes forenses. Tom. I. Pars. IV. Jena 1738.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Wolff, Zur Lehre von der mora. Göttingen 1841.

B. Preußisches Recht.

Bornemann, Von Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere nach preußischem Recht. Berlin 1825.
Dernburg, Preuß. Privatrecht. 5. Aufl. Halle 1894.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 9 1873, Bd. 21 1877.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 1. 1892.
Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Rechts. Bd. 3. 3. Aufl. 1874.
Simon-Strampf, Material des allgem. Landrechts zu der Lehre von Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung. Berlin 1836.
Koch, Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten. 8. Aufl. 1884.
Koch, Lehrbuch des preuß. gemeinen Privatrechts. 3. Aufl. 1858.

C. Code civil.

Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinz. Bd. 44. 1849.
Zachariae v. Lingenthal, Handbuch des französischen Zivilrechts. 5. Aufl. von Anschütz. Bd. 2. 1853. 8. Aufl. von Crome. Bd. 2. 1894.

D. Bürgerliches Gesetzbuch nebst Vorarbeiten.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern. 1860/61.

Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse. Dresden 1864.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Recht der Schuldverhältnisse: I. Allgemeiner Teil mit Begründung des Redaktors v. Kübel. 1882.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Amtliche Ausgabe. 1888.

Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts. Bd. 2. Dresden 1864.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Schneider u. **Fick**, Das schweizerische Obligationenrecht. Größere Ausgabe. 1891.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Jena 1898.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2. 1. Abt. Halle 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. Marburg 1908.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches mit erläuternden Anmerkungen. 7. Aufl. München 1906.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Teil 1. Berlin 1906.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1903.

Leonhard (Franz), Die Beweislast. Berlin 1904.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. Breslau.

Müller u. **Meikel**, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. Bd. 1. München 1904.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1. u. 2. Aufl. 1900.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. 1901. Erläutert von Mayring. Bd. 1. 3. u. 4. Aufl. 1903. Erläutert von Kuhlenbeck, Kober und Engelmann.

I.

A.

Viele Rechtsinstitute lassen heute in der kurzen, klaren Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht im 'geringsten mehr erkennen, daß sie den Gelehrten der verschiedensten Zeiten ganz außerordentlche Schwierigkeiten bereitet haben. Einer Unzahl von Streitfragen, die oft jahrhundertelang die juristische Welt bewegten, ist mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches endgültig der Boden entzogen worden. Freilich nicht auf allen Gebieten hat das Bürgerliche Gesetzbuch diese segensreiche klarstellende Wirkung hervorgerufen, manche alte Streitfrage hat, oft schon bei den Juristen der sogen. klassischen Zeit beginnend, durch das gesamte römische und gemeine Recht und durch alle partikularrechtlichen Kodifikationen hindurch bis in das Bürgerliche Gesetzbuch ihr Leben zu retten verstanden.

Zu den Gebieten, welche eine ganz außerordentliche Zahl von Streitfragen ihr eigen nennen, gehört auch das des Verzugs und namentlich wieder der Schuldnerverzug. Manche einst lebhaft behandelte Streitfrage gehört heute der Geschichte an; manche andere ist auch heute noch nicht endgültig verstummt. Zu ihnen gehört die Frage, welchen Beweis der säumige Schuldner zu erbringen habe, der sich zur Beschränkung seiner Haftung beim Untergang der geschuldeten Sache infolge Zufalls darauf beruft, daß der Zufall auch im Falle rechtzeitiger Leistung die Sache betroffen haben würde.

Während allen neueren Rechten ebenso wie dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Beschränkung der Haftung des säumigen Schuldners bei zufälligem Untergang der Sache für den Fall, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde, geläufig ist,[1] herrscht über die Gültigkeit dieses Satzes im römischen und gemeinen Rechte Streit, — oder hat wenigstens geherrscht.

Dem alten römischen Rechte ist die mora überhaupt unbekannt.[2] Die zwölf Tafeln erwähnen sie, soweit wir von ihnen Kenntnis haben, mit keinem Wort. Es ist auch nur durchaus wahrscheinlich, daß sie die mora überhaupt nicht kannten. Denn die mora setzt einen entwickelten Schuldbegriff voraus, wie er sich erst später herausbildete. Die Kenntnis von der mora des römischen Rechts und ihren Folgen sowie ihrer Entwicklung verdanken wir Justinians Gesetzeswerk. Hier finden wir einmal Stellen, die eine unbedingte Haftung des säumigen Schuldners auch bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes aussprechen:

l. 5 pr. D. 12, 1;
l. 25 D. 24, 3;
l. 39 § 1 D. I;
l. 108 § 1 D. I;
l. 23 D. 45, 1;
l. 82 § 1 D. 45, 1;
l. 58 § 1 D. 46, 1;
l. 31 pr. D. 46, 2;
l. 3 C. 6, 47.

Andererseits finden wir in den Digesten von der Auffassung berichtet, der Zufall befreie den säumigen

[1] Preuß. ALR. I, 16 § 18 in Verb. mit I, 7 § 241; code civil art. 1138, 1245, **1302**, 2, 1304; allgem. BGB. f. d. ges. deutschen Erblande der österr. Monarchie § 965; BGB. f. d. Königr. Sachsen § 745; schweiz. Bundesgesetz über das OblR. Art. 118.

[2] In Anlehnung an Jhering, Das Schuldmoment im röm. PrivR., Gießen 1867, S. 8.

Schuldner stets. So berichtet Ulpian von unbenannten älteren Schriftstellern in l. 15 § 3 D. 6, 1[3]:

> „si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris pretium non esse praestandum plerique aiunt“.

Und auch aus l. 14 § 1 D. 16, 3 kann man,[3] ohne irgendwie der Stelle Gewalt anzutun, gar wohl herauslesen, daß Sabinus und Cassius ebenfalls für unbedingte Freiheit von der Haftung im Falle zufälligen Untergangs des Leistungsgegenstandes eintraten:

> „si — — natura sua res ante rem iudicatam interciderit veluti si homo mortuus fuerit Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequius sit naturalem interitum ad actorem pertinere“.

Der Nachsatz

> „utique cum interitura esset ea res etsi restituta esset actori“

läßt sich sehr wohl dahin auffassen, daß er erst von Gaius, aus dessen Schriften die Stelle in den Digesten zitiert wird, oder gar erst bei der Kodifikation selbst hinzugefügt worden ist, um diese Stelle in Einklang mit der Ansicht späterer Juristen der sogen. klassischen Zeit zu bringen, wie ja auch die vorher genannte Stelle (l. 15 § 3 D. 6, 1) im Sinne der späteren Zeit durch einen Zusatz modifiziert worden ist.[4]

---

[3] Warum diese beiden Stellen, die an sich nicht die mora behandeln, dennoch für die Erläuterung der mora in Betracht kommen, darüber S. 9 ff.

[4] Savigny, System Bd. 6 § 274, Bd. 2 S. 193; Donellus ad l. 14 § 1 D. 16, 3 Tom. IV de iure civ. Lib. XVI c. II § 15, Ausgabe Hilliger 1764, S. 620.

Diese unbedingte Freiheit des säumigen Schuldners von der Haftung bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes hat Justinians Billigung ebensowenig gefunden wie die unbedingte Verhaftung des Schuldners. Justinian hält einen Mittelweg ein; er sieht als ausschlaggebend an, ob auch ohne die mora der Schaden den Leistungsgegenstand getroffen hätte oder nicht.

Freilich finden wir in den Digesten eine große Anzahl von Stellen (oben S. 2), welche kurzweg die unbedingte Haftung des säumigen Schuldners aussprechen. Doch sind diese nicht imstande, die von der beschränkten Haftung des Schuldners berichtenden Stellen etwa durch ihre überwiegende Zahl beiseite zu schieben. Es ist auch sonst eine im corpus iuris civilis nicht gerade seltene Erscheinung, daß an zahlreichen Stellen eine Regel unbedingt ausgesprochen wird, ohne jedoch damit jede Ausnahme ausschließen zu wollen.[5] Doch eine einschneidende Wirkung haben die zahlreichen eine unbedingte Haftung des säumigen Schuldners aussprechenden Stellen mit ihrer Aufnahme in die Digesten hervorgerufen. Während wir oben (S. 3) einen Unterschied in der Auffassung nach der Richtung fanden, unbedingte Freiheit von der Haftung (Sabinus und Cassius in l. 14 § 1 D. 16, 3 und die plerique in l. 15 § 3 D. 6, 1) oder im Ausnahmefall (Gaius in l. 14 § 1 D. 16, 3 Schlußsatz; Ulpian in l. 14 § 11 i. f. D. 4, 2; l. 47 § 6 D. I; l. 15 § 3 D. 6, 1 Schlußsatz) nur dann Freiheit, wenn auch ohne die mora der Schaden die Sache getroffen hätte, haben die vielen die unbedingte Haftung des säumigen Schuldners aussprechenden Stellen mit ihrer

---

[5] Buchka, Die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis Teil 1 S. 208; Roßhirt, Zeitschr. f. Zivil- u. KrimR. Heft 1 S. 21.

Aufnahme in die Digesten zu einer Betrachtung von der anderen Seite gezwungen:

In der Regel unbedingte Haftung, in dem besonderen Fall Befreiung von der Haftung.

Nur so lassen sich die eine unbeschränkte Haftung des säumigen Schuldners auch bei zufälligem Untergang der geschuldeten Sache aussprechenden Stellen und diejenigen, welche eine Beschränkung der Haftung zulassen, miteinander in Einklang bringen. Eine Bestätigung der Ansicht, daß die Gesichtspunkte, von denen aus man die Frage nach der Haftung des säumigen Schuldners bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes beurteilte, sich verschoben haben, finden wir bei Cuiacius[6]:

> „nec tamen idem discidium fuit hac in re inter Sabinianos et Proculianos quod inter Martinum et Johannem".[7]

Cuiacius läßt mit Prousteau[8] diese Streitfrage (mit der eben erwähnten Modifikation) schon zwischen den beiden Rechtsschulen der Sabinianer und Prokulianer eine Rolle spielen; mit ihnen einverstanden erklären sich Mascov[9] und Glück.[10] Doch sind die Nachrichten, die wir über diese Zeit haben, zu knapp und die Behauptung, daß der Streit gerade zwischen den beiden Rechtsschulen als solchen bestanden hat, sehr unwahrscheinlich, wie

---

[6] Cuiacius ad Africanum Tractatus IX: tract. V S. 214.

[7] Unten S. 6.

[8] Prousteau, Recitationes ad legem XXIII D. de reg. iuris cap. 27 § 24 sq., in Meermann, Novus Theasurus iuris civilis et canonici Tom. III S. 548/49.

[9] Mascov, De sectis Sabinianorum et Proculianorum cap. IX § 6 S. 166.

[10] Glück, Ausführliche Erläuterung der Pand. Bd. 4 § 330 S. 414; vgl. auch Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht S. 196 Anm. 44.

Madai[11] und ihm folgend Wahlburg[12] nachweist. Auch Roßhirt[13] und Windscheid[14] vermögen Prousteau nicht zu folgen. Die Kontroverse, ob der Schuldner für den zufälligen Untergang der Sache unbedingt hafte oder von der Haftung befreit werde, wenn der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde, entstammt in Wahrheit der Glossatorenzeit. Der Glossator Johannes verficht die strengere Ansicht der unbedingten Haftung, der Glossator Martinus vertritt die mildere Auffassung. Von neueren haben sich für die unbedingte Haftung nur Madai[15] und ihm folgend Fritz,[16] Schilling[17] [18] und Koch[19] ausgesprochen.

B.

Wer die unbedingte Haftung des säumigen Schuldners behauptet, muß den Nachweis führen, daß die eine beschränkte Haftung aussprechenden Stellen nichts zu beweisen imstande sind. Auf doppeltem Wege hat man dieses Ziel zu erreichen gesucht.

Betrachten wir nun die Stellen, welche von einer Beschränkung der Haftung des säumigen Schuldners sprechen.

---

[11] Madai, Die Lehre von der mora S. 287/88.

[12] Wahlburg, Inaug.-Diss. Greifswald 1895: Inwieweit haftet der debitor morosus für den zufälligen Untergang des Schuldgegenstandes S. 15.

[13] Roßhirt a. a. O. S. 21.

[14] Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts § 280 Abs. 14.

[15] Madai a a O. S. 296 ff.

[16] Fritz, Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wening-Ingenheims Lehrb. des gemeinen Zivilrechts S. 359—361.

[17] Schilling, Rezension von Madais Lehre von der mora, in Richters Krit. Jahrb. f. d. deutsche Rechtsw. 2. Jahrg. Bd. 2 S. 254.

[18] Schilling, Lehrb. für Institutionen und Geschichte des röm. PrivR. § 328 S. 68.

[19] Koch, Recht der Forderungen Bd. 1 § 34 S. 356.

I. l. 47 § 6 D. I: Ulpian l. 22 ad Sabin.

„Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit. potuit enim eum acceptum legatarius vendere."

II. l. 14 § 11 i. f. D. 4, 2. Ulpian ad Ed.

„— — Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit si vim passus non esset."

III. l. 15 § 3 D. 6, 1. Ulpian l. 16 ad Ed.

„Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris pretium non esse praestandum plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari; nam si restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus."

IV. l. 40 pr. D. 5, 3. Paulus l. 20 ad Ed.

„Illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est: ut post acceptum iudicium id actori praestetur quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est: quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta ant pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea — —."

V. l. 20 § 21 D. 5, 3. Ulpian l. 15 ad Ed.

„Restituere autem pretia debebit possessor, etsi deperditae sunt res vel deminutae. sed utrum ita demum restituat si bonae fidei possessor est an et si malae fidei? et si quidem

res apud emptorem exstent nec deperditae nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor aut, si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum quantum in litem esset iuratum, at ubi deperditae sunt et deminutae, verum pretium debet praestari: quia, si petitor rem consecutus esset, distraxisset et verum pretium rei non perderet."

VI. l. 14 § 1 D. 16, 3. Gaius lib. IX. ad Ed. prov.

„Sive autem cum ipso, apud quem deposita res est, actum fuerit sive cum herede eius, et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia aequum sit naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori."

VII. l. 12 § 4 D. 10, 4. Paulus lib. 26 ad Ed.

„Si post iudicium acceptum homo mortuus sit quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris fuerit per eum non effectum, quominus tunc cum iudicium acciperetur, homo exhiberetur. Tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset."

Betrachten wir die angeführten Stellen näher, so finden wir, daß sie überall im corpus iuris civilis zerstreut sich vorfinden. Wir finden sie nicht in D. 22, 1, wozu der Titel: de usuris et fructibus et omnibus accessionibus e t m o r a verleiten könnte, vielmehr überall zerstreut, bei den verschiedensten Rechtsinstituten. Und hier setzt der erste Versuch der die unbedingte Haftung des säumigen Schuldners behauptenden Rechtsgelehrten ein, die genannten Stellen als

nichts beweisend hinzustellen. Es sei nicht angängig, bei einem anderen Rechtsinstitut getroffene Bestimmungen auf die Lehre von der mora zu übertragen. Nur kurz kann hier auf die sehr umfangreichen Streitfragen eingegangen werden. Die l. 15 § 3 D. 6, 1 de rei vind. (oben unter III) spricht an sich nicht von einem säumigen Schuldner, sondern von einem mit der dinglichen Klage belangten Besitzer einer fremden Sache (ob bösgläubigen Besitzer ist bestritten).[20] Madai (a. a. O. S. 300) und mit ihm Fritz (a. a. O. S. 360) verwahren sich dagegen, daß das der erwähnten Klage „eigentümliche" Prinzip auf die Verhältnisse der mora übertragen werde. Die erwähnte Stelle komme für die Erläuterung der Wirkung der mora gar nicht in Betracht, sie behandele wesentlich andere Fragen. Mit Recht wird demgegenüber betont,[21] daß auch in diesem Fall alle Voraussetzungen der mora vorliegen und kein Grund vorhanden ist, weshalb hier die mora anders hätte behandelt werden sollen als in den übrigen Fällen. Die l. 40 pr. D. 5, 3 und l. 20 § 21 D. 5, 3 (oben unter IV und V) handeln von der Haftung eines malae fidei possessor.[22] Im großen ganzen beruft man sich von beiden Seiten auf dasselbe wie bei der Stelle unter III: einmal, es wäre nicht angängig, bei einer anderen Materie getroffene Bestimmungen auf die mora zu übertragen; zum andern: alle Voraussetzungen der mora seien auch hier

---

[20] Faber, Rationalia in secundam partem Pandectarum p. 409a, d ad l. 15 § 3 D. 6,1 de rei vindicat.; Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Abt. III: Die Lehre von der mora S. 189.

[21] Mommsen a. a. O. Abt. III S. 189; Kniep, Die mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht Bd. 2 S. 43; Buchka a. a. O. Teil 1 S. 201; Ernst, Rechtshistorische Begründung der mora, Inaug.-Diss., Bern 1882, S. 43.

[22] vgl. Mommsen a. a. O. Abt. III S. 189 Anm. 9.

vorhanden; es liege kein Grund vor, hier die mora anders als sonst zu behandeln. Doch ist hier noch besonders das eine hervorzuheben, daß es eine auffallende, nicht gerecht erscheinende Bevorzugung des bösgläubigen Besitzers vor dem säumigen Schuldner wäre, wenn ihm eine Beschränkung seiner Haftung zugestanden würde, der säumige Schuldner aber stets auch bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes unbeschränkt und unbeschränkbar haften müßte.[23]

So vermögen wir der ersten Behauptung, die angeführten Stellen bewiesen für die mora nichts, nicht zu folgen.

Der zweite Punkt, an den man zur Ausschaltung der erwähnten Stellen angeknüpft hat, ist folgender: In der Mehrzahl der für die Beschränkung der Haftung des säumigen Schuldners angeführten Stellen sei gar nicht der Verkauf als Bedingung gefaßt, vielmehr als Grund angegeben. Ohne diese Unterstellung sprächen gerade die hier angezogenen Stellen besonders scharf die unbedingte Haftung des säumigen Schuldners aus. Auch dieser Streitpunkt kann hier nur kurz erwähnt werden. Einmal kommt dem Umstand, daß in der Mehrheit der Stellen der Verkauf als Grund für die Beschränkung der Haftung angegeben wird, nicht als Bedingung gesetzt ist, nicht diejenige Bedeutung bei, welche Madai (a. a. O. S. 298 ff.) und Fritz (a. a. O. S. 361) ihm beizulegen sich bemühen. Dann vermag auch Madai nicht die l. 15 § 3 D. 6, 1 (oben unter III) aus der Welt zu schaffen, die unzweifelhaft den Verkauf als Bedingung faßt; Madai (a. a. O. S. 299—301) macht nur den Versuch, sie als für die mora

[23] Mommsen a. a. O. Abt. III S. 189; Ernst a. a. O. S. 43; Buchka a. a. O. S. 205; Sintenis a. a. O. S. 196 Anm. 44.

nichts beweisend überhaupt auszuschalten, eine Ansicht, die schon soeben als nicht stichhaltig bezeichnet werden mußte. Ebenso läßt sich der Schluß der l. 14 § 1 D. 16, 3 (oben unter VI). „—— utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori“ sehr wohl mit Donellus[24] dahin verstehen: utique id est sed ita seu sed tunc cum interitura res esset (wenn sie noch nicht verkauft worden wäre) etsi restituta esset actori. Und die unter II angeführte Stelle (l. 14 § 11 i. f. D. 4, 2) — qui venditurus fuit — läßt sich mit demselben Rechte für die hier vertretene Auffassung anführen, wie sie zum Beweise des Gegenteils sich hat benützen lassen müssen.[25]

C.

Es ist eine verhältnismäßig große Zahl von Vorfragen, die, wenn auch noch so kurz, berührt werden müssen, ehe man der eigentlichen Frage sich zuwenden kann. Denn nur dann, wenn man überhaupt eine Beschränkung der Haftung des säumigen Schuldners anerkennt, ist die zu behandelnde Frage von Bedeutung. Die Nachrichten über die vorjustinianische mora sind zu knapp und lückenhaft, um eine Darstellung der vorliegenden Frage nach vorjustinianischem Recht zu ermöglichen, die über Vermutungen hinausginge. Die Beantwortung der Frage nach dem Recht des corpus iuris civilis ist zugleich eine Beantwortung der Frage nach gemeinem Recht,

---

[24] Donellus, De iure civ. Lib. XVI cap. 2 § 15 (Ausgabe Hilliger 1764 S. 620).

[25] Eine eingehende Auseinandersetzung findet sich in der Heidelberger Krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtsw. Bd. 3 S. 1856 von Windscheid. Außerdem bei Sintenis a. a. O. S. 196 Anm. 44 a. E.; Faber, Rationalia in secundam partem Pandect. ad l. 15 § 3 D. 6, 1 Note d S. 409; and. M. Savigny a. a. O. S. 193.

da keine deutsch- bezw. kanonischrechtlichen Einflüsse hier ändernd eingewirkt haben. Sehen wir uns nun die angeführten Stellen daraufhin an, welche Antwort sie auf die vorliegende Frage geben, so machen wir die Wahrnehmung, daß eine positive Antwort, eine solche, die andere Anschauungen für immer zu schlagen imstande ist, in ihnen nicht zu finden ist. Die notwendige Vorfrage, ob überhaupt eine Beschränkung der Haftung des säumigen Schuldners anzuerkennen sei, nahm die Zeit und Tätigkeit der römischen Juristen wie der Glossatoren derart in Anspruch, daß sie zu einer Herausarbeitung der Sätze der Beweislast nicht gekommen sind. Daß die Quellen in dieser Beziehung kein klares Resultat liefern, ist allgemein anerkannt. Auch die späteren Schriftsteller haben sich mehr mit der Frage, ob überhaupt eine Beschränkung der Haftung anzuerkennen sei, beschäftigt, als die Frage der Beweislast in den Kreis ihrer Betrachtungen gezogen.

Enthielten die angeführten Stellen einen auch nur einigermaßen begründeten Anhalt für die Beweislastfrage, so wäre das häufige Hin- und Herschwanken der Ansicht, wer zu beweisen habe, gewiß nicht eingetreten.

Es hat Zeiten gegeben, welche die Frage, welchen Beweis der säumige Schuldner zu erbringen habe, der sich auf die Beschränkung seiner Haftung bei zufälligem Untergang der geschuldeten Sache beruft, kurzweg dahin beantwortet haben: gar keinen. Sie erachten es als fundamentum intentionis des Klägers, daß er den Beweis erbringe, der Zufall hätte ihn infolge Verkaufs nicht getroffen. Als Hauptvertreter dieser Ansicht seien genannt Voet, Hofacker und Cocceii. Wenn Glück (Bd. 8 S. 237) auch Wernher und Noodt dem Kläger den Beweis auferlegen läßt, so ist zu erwidern, daß beide tatsächlich eine feste Stellung zur Beweislastfrage nach

der Richtung, wer zu beweisen habe, nicht einnehmen. Möglicherweise haben allgemeine Gesichtspunkte, wie sie namentlich von Späteren[26] betont werden, auch Voet, Hofacker und Cocceii zu ihrer Stellung in der Beweislastfrage veranlaßt: eine Begründung ihres Standpunktes geben sie ja nicht. Näher liegt allerdings eine andere Erklärung, mag sie allein oder in Verbindung mit allgemeinen Gesichtspunkten die Stellung der drei genannten Schriftsteller hervorgerufen haben.

Voet[27] erklärt:

> „qui vero mala fide possidet[28] ita demum praestare debet interitum rei, si illa penes actorem non eodem modo fuisset peritura, dum forte is se distracturum fuisse docet“.

Cocceii[29] spricht sich dahin aus:

> „Hic (wer durch Litiskontestation malae fidei possessor geworden ist) tunc demum casum praestat, si res aeque apud alterum peritura non fuisset: dominus ergo probare debet se distracturum atque ita rem apud se non perituram fuisse“.

Und Hofacker[30] läßt sich dahin vernehmen:

---

[26] Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts Bd. 3 S. 268; Kniep a. a. O. Bd. 2 S. 43.

[27] Voet, Comment. ad Pandect. Editio IV Tom. I 1723 Lib. VI Tit. I § 34 S. 430.

[28] Oben S. 9 ist gezeigt, mit welchem Recht die Sätze über die malae fidei possessio zur Erläuterung der Wirkungen der mora herangezogen werden.

[29] Cocceii, Ius civile controversum Ed. nova Tom. I Lib. V Tit. 3 qu. 19 S. 489.

[30] Hofacker, Principia iuris civilis Romano-Germanici Tom. 2 § 1677 i. f. S. 830.

„sed re post litem contestatam casu peremta malae fidei possessor periculum quoque propter moram suam sustinere debet, si actor probationes adfert se rem fuisse distracturum, quae ei non fuisset peritura si eo tempore quo petebatur, protinus fuisset restituta“.

Deutlicher noch wie die letzte Stelle sprechen es die beiden erst angeführten aus: nur dann soll der malae fidei possessor (und mit ihm oben S. 9 der säumige Schuldner) haften, wenn der andere den Schaden nicht auch erlitten haben würde. Alle drei Schriftsteller gehen also von dem älteren Standpunkt aus, der durch die Aufnahme der vielen die unbedingte Haftung des säumigen Schuldners aussprechenden Stellen in die Digesten als überwunden angesehen werden muß: in der Regel frei, nur im besonderen Falle verhaftet. Der Ausgangspunkt der drei genannten Rechtslehrer ist ein irriger; sie haben nur den Wortlaut der (oben S. 7 unter III u. IV) angeführten Stellen im Auge gehabt, der zu dieser Auffassung nur zu leicht verführt: Das System der Digesten zwingt zur Betrachtung vom anderen Gesichtspunkte. Auch Windscheid scheint in seiner Rezension von Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Abt. I: Die Unmöglichkeit der Leistung[31]) den Beweis des Gläubigers, daß ihn infolge Verkaufs der Schaden nicht getroffen hätte, als Klagefundament des Klägers aufzufassen.

„Würde aber, wenn auch zur rechten Zeit erfüllt worden wäre, den Obligationsgegenstand dasselbe Ereignis betroffen haben, wegen dessen jetzt Ersatz gefordert wird, so kann der Gläu-

[31] In der Heidelberger Krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtsw. Bd. 2 § 1855 S. 556.

biger überhaupt nur dann etwas fordern, wenn er beweist, daß er in einem früheren Zeitpunkt verkauft haben würde."

Also auch hier wird die Freiheit von der Haftung als Regel, die Verhaftung als Ausnahme aufgefaßt. Diese Behauptung leidet an demselben Mangel wie die Ausführungen von Voet, Hofacker und Cocceii. Die Auffassung, der Gläubiger hätte zur Stütze seiner Klage von vornherein zu beweisen, ihn hätte infolge Verkaufs der Schaden nicht getroffen, ist unhaltbar.

Auf der anderen Seite finden wir eine Beantwortung der vorliegenden Frage dahin: Sache des Schuldners sei es zunächst, nachzuweisen, daß auch bei rechtzeitiger Leistung der Zufall die Sache getroffen haben würde; Sache des Gläubigers sei es alsdann, geltend zu machen, daß er verkauft, ihn also der Zufall nicht getroffen hätte.

Kniep[32] rechtfertigt seinen Standpunkt wie folgt:

> „Ein Schuldner wird an sich frei, wenn er beweist, daß die Sache durch Zufall zugrunde gegangen sei.
>
> l. 9 § 4 D. 19, 2;
> l. 5 C. 4, 24.
>
> Der Einrede des Schuldners kann aber der Gläubiger folgende Replik entgegensetzen: Der Zufall würde ihn nicht getroffen haben. Diese Replik hat nötigenfalls der Gläubiger zu beweisen".

Anstatt die Rechtssätze von den Wirkungen der mora bei zufälligem Untergang der Sache seiner Betrachtung zugrunde zu legen, geht Kniep von den ganz allgemeinen Bestimmungen über die Wirkungen des Zufalls

---

[32] Kniep, Die mora des Schuldner Bd. 2 § 65 S. 45.

aus: er nimmt als Obersatz fatum a nullo praestari (l. 16 pr. D. 6, 1), anstatt daran festzuhalten: In der Regel ist der säumige Schuldner auch bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes verhaftet, nur in dem besonderen Fall wird er frei. Hätte Kniep dies getan, er wäre schwerlich zu seinem Resultat gekommen.

Auch Sintenis[33] nimmt an, der Gläubiger habe im Wege der Replik geltend zu machen, ihn hätte infolge Verkaufs der Schaden nicht getroffen. Sintenis' Ansicht kommt der herrschenden schon sehr nahe. Auch für ihn steht das eine fest, daß es zunächst Sache des Schuldners sei, nachzuweisen, der Zufall würde auch im Falle rechtzeitiger Leistung die Sache getroffen haben. Er legt nun aber replicando dem Gläubiger den Beweis auf, daß er vorher veräußert und somit ihn der Schaden nicht getroffen hätte. Sintenis geht von Wolffs[34] Darstellung aus. Er läßt Wolff die Frage,

> „wie sich die Beweislast reguliere, wenn der Kläger sich replicando darauf beruft, daß, wenn auch die Sache bei ihm untergegangen wäre, er dennoch sich ihrer früher entäußert haben und somit nun durch die mora um den Kaufpreis kommen würde",

dahin beantworten, der Verklagte müsse beweisen, daß der Kläger die Sache nicht würde verkauft haben. Sintenis sieht mit Recht durch diese Verteilung der Beweislast die Grundsätze von der Beweislast der Parteibehauptungen verletzt. Aber auch er geht von falschen Voraussetzungen aus. Wolff legt mit keinem Wort dem Kläger die Pflicht auf, replicando seine Einwendungen geltend zu machen, vielmehr geht aus Wolffs Darstellung un-

---

[33] Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht S. 196, 44.

[34] Wolff, Lehre von der mora S. 466/67; vgl. auch Franz Leonhard, Die Beweislast 1904 S. 365.

zweifelhaft hervor, daß er von vornherein es dem Beklagten auferlegt, falls er von seiner Haftung frei werden will, zu beweisen, daß der Kläger nicht verkauft haben würde, also den Schaden ebenfalls erlitten hätte (S. 464 u. 467). So ist der Beweis, den Sintenis für seine Behauptung liefert, der Kläger müsse replicando nachweisen, daß ihn der Schaden nicht getroffen hätte, hinfällig, und wir vermögen ihm nicht zu folgen, ebenso wie wir den Ansichten eines Hofacker, Voet, Cocceii, Windscheid und Kniep uns nicht haben anschließen können.

D.

Es ist vielmehr Sache des säumigen Schuldners, der von der in der Regel auch bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes ihn treffenden Haftung freikommen will, zu beweisen, der Zufall hätte auch bei rechtzeitiger Leistung die Sache getroffen, und zwar bei dem Gläubiger. Nun sehen das römische und mit ihm das gemeine Recht den alsbaldigen Verkauf der Sache als die Regel an, und hier entsteht nun die Frage: Hat der Schuldner zu beweisen, der Gläubiger hätte wirklich nicht verkauft, oder hat er den Nachweis zu führen, daß der Gläubiger nicht die Möglichkeit des Verkaufs hatte. Für die erste Ansicht sprechen l. 15 § 3 D. 6,1 (oben S. 7 unter III) . . . nam si restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus und l. 14 § 11 D. 4,2 (oben S. 7 unter II) . . . interdum hominis mortui pretium recipit qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset. Für die letzte Ansicht sprechen namentlich l. 47 § 6 D. I (oben S. 7 unter I) . . . potuit enim eum acceptum vendere und l. 40 pr. D. 5,3 (oben S. 7 unter IV) . . . damnari debere quia potuit petitor distraxisse ea.

Die mangelnde Klarheit der Ausdrucksweise der Quellen macht sich hier recht fühlbar. Zum großen Teil wird sie daraus herzuleiten sein, daß eben diese Frage nie als Hauptfrage angesehen worden ist, sondern sich stets eine nebensächliche Behandlung bei der Frage, ob überhaupt eine Beschränkung der Haftung des säumigen Schuldners anzuerkennen sei, hat gefallen lassen müssen.

Der erste, welcher der vorliegenden Frage näher getreten ist, ist Donellus. Er nimmt willkürlich die Stellen, welche von der Möglichkeit des Verkaufs sprechen, zum Ausgangspunkt seiner Betrachtung und versucht, die anderen Stellen mit diesen in Einklang zu bringen.

Donellus spricht sich an verschiedenen Orten über diese Frage aus:

I. In Anlehnung an l. 47 § 6 D. I[35]:

> „Satis habet Ulpianus, quod legatarius rem distrahere potuit, non hoc spectans an etiam probari possit eum fuisse distracturum, vel quod ita iactaret vel quod homo pauper esset. Immo adeo si homo locuples fuit qui fundum receptum non facile esset venditurus, quia tamen vendere potuit, putat aestimationem consecuturum. Non enim quid non habeat sed quid haberet si vellet considerandum est.

II. Im Anschluß an l. 15 § 3 D. 6,1:

> „... nam si ei restituisset, inquit, distraxisset et pretium esset lucratus. Quid hoc est si ei restituisset, distraxisset? Minime vero, dicet aliquis, hoc necesse est, si petitori res restituta esset, fuisse distracturum. Non nego. Sed hoc sic accipiendum est: distraxisset si vellet ..."

---

[35] Donellus, Comment. ad Tit. Dig. de usuris et mora Cap. V de mora §§ 62, 63, Ausgabe Hilliger 1766 Bd. 10 S. 1448/49.

III. Zu l. 23 D. 45,1[36]:

„... ego quod in ea re iam olim scripsi in Comment. de mora, hic quoque breviter repetam; mihi enim verissimum videtur: si natura sua res pereat, veluti si homo naturali morbo moriatur, aut fundus chasmate intercidat, nihilominus reum semper teneri post moram ut pretium praestet, si actor rem receptam distrahere potuit. Non dico si constet eum distrahere potuisse et simul fuisse distracturum, sed solum si distrahere potuit, etiam distracturus fuisse existimetur. Declaratur hoc in l. cum (47) § ult. (6) D. 30, l. item (15) § ult. (3) D. 6,1 quo nihil aequius; et vero ita iudicari oportuit, si verum est quod regula iuris traditur, unicuique moram suam nocere (l. in condemn. [173] § unicuique [2] D. de reg. iur. [50,17].

IV. Im Anschluß an l. 14 § 1 D. 16,3[36]:

„Ego autem quod olim scripsi in Comment. de mora, confirmavi pluribus ad l. si ex legati causa D. de verb. obl., idem nunc quoque retinendum puto“.

Haben wir schon oben feststellen müssen, daß Donellus willkürlich von den Stellen, welche von der Möglichkeit des Verkaufs sprechen, ausgeht, so bietet einen zweiten Anhalt, seiner Ansicht nicht zu folgen, der Schluß der unter I und III angeführten Stellen, in denen Donellus den Grund seiner Stellungnahme angibt: non

[36] Donellus, Opera omnia. Comment. ad Tit. Dig. de verb. obl. 45,1 ad l. 23 (si ex legati causa), Ausgabe Hilliger 1767 Bd. 11 S. 681/82 (qu. 11/12).

[37] Donellus ad l. 14 § 1 D. 16,3, De iure civ. Lib. XVI c. II § 15, Ausgabe Hilliger 1764 Bd. 4 S. 620.

enim, quid non habeat, sed quid haberet, considerandum est und unicuique mora sua nocet. Donellus will den Gläubiger, der durch den Verzug des Schuldners in eine nachteilige Lage kommt, soviel als möglich schützen. In diesem Streben geht Donellus zu weit. Es kann doch nur dann dem Gläubiger ein Ersatz zugesprochen werden, wenn er tatsächlich einen Schaden erlitten hat; d. h. wenn er tatsächlich bei rechtzeitiger Leistung die Sache veräußert hätte, nicht schon dann, wenn er nur die Möglichkeit des Verkaufs hatte, ohne überhaupt ernstlich an einen solchen zu denken.

Auch die übrigen Schriftsteller,[38] welche vom Schuldner den Beweis verlangen, der Gläubiger hätte nicht verkaufen können, gehen willkürlich von den von der Möglichkeit des Verkaufs sprechenden Stellen aus und versuchen von ihnen aus die anderen Stellen mit diesen in Einklang zu bringen, Versuche, gegen welche sich Windscheid[39] und Sintenis[40] sehr energisch wenden. Zwar kann Mommsen (a. a. O. Abt. III S. 191) nicht leugnen, daß l. 15 § 3 D. 6, 1 (oben S. 7 unter III) und l. 14 § 11 D. 4, 2 davon sprechen, daß der Schuldner dann frei sein solle, wenn er den Nachweis erbringt, daß der Gläubiger nicht verkauft hätte; dessenungeachtet hält er gestützt auf l. 47 § 6 D. I und l. 40 pr. D. 5, 3 den Nachweis für erforderlich, daß dem Gläubiger die Möglichkeit des Verkaufs gefehlt habe. Auch Mommsen will den Gläubiger

---

[38] Savigny, System des heutigen röm. R. Bd. 6; Mommsen a. a. O. Abt. III.; Schömann, Fragmente aus seinen zivilistischen und kriminalistischen Vorlesungen S. 37—39; Schömann, Lehre vom Schadensersatz Teil 2 1806 S. 64.

[39] Windscheid-Kipp, Lehrb. des Pandektenrechts 9. Aufl. S. 145 ff.

[40] Sintenis a. a. O. S. 196 Anm. 44.

so gut wie möglich gestellt wissen. Nur wenn der Schuldner nachweisen kann, daß ein Verkauf seitens des Gläubigers völlig ausgeschlossen war, soll er frei werden. Mommsen selbst muß zugeben, daß es etwas „Singuläres“ ist, daß die bloße Möglichkeit des Verkaufs den Schuldner zum Ersatz verpflichtet, während regelmäßig die Möglichkeit des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes allein nicht hinreicht. Aus dem Umstand, daß das römische Recht den Verkauf als Regel ansieht, haben Mommsen, Savigny und Schömann die Rechtsvermutung abgeleitet, der Gläubiger würde verkauft haben, sobald er nur die Möglichkeit dazu hatte. Gegen die Annahme einer solchen Rechtsvermutung wendet sich Buchka[41]: „sie könne schon um deswillen nicht statuiert werden, weil sie als etwas rein Positives nicht willkürlich von der Doktrin geschaffen werden könne“. Die Unhaltbarkeit der Rechtsvermutung erhellt dann, sobald es sich um einen Gegenstand handelt, dem ein Verkehrswert nicht innewohnt. Hier greift eher eine gegenteilige Vermutung Platz. Auch Mommsen (Abt. III. S. 193) muß dies zugestehen. Er zieht nun aber hieraus nicht die Schlußfolgerung, daß die Rechtsvermutung überhaupt nicht haltbar sei, daß die Forderung, der Schuldner müsse, um von seiner Haftung freizukommen, beweisen, der Gläubiger hätte nicht verkaufen können, zu weit geht. Er legt vielmehr für diesen Fall dem Gläubiger den Beweis auf (S. 197), daß sich ihm eine bestimmte Gelegenheit zum Verkauf dargeboten habe. Diese Forderung findet in den Quellen keinen Stützpunkt und ist auch aus allgemeinen Gesichtspunkten zu verwerfen. Die Haftung des säumigen

---

[41] Buchka, Die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis Teil 1 S. 211.

Schuldners ist die Regel, und Sache des Schuldners ist es daher, wenn er von seiner Haftung frei werden will, den Nachweis zu führen, der Zufall hätte auch bei rechtzeitiger Leistung die Sache bei dem Gläubiger getroffen, d. h. der Gläubiger hätte sie bis dahin nicht verkauft. Eine Ungerechtigkeit gegenüber dem Gläubiger, der durch den Verzug des Schuldners in eine nachteilige Lage gekommen ist, wäre es, seine Ersatzansprüche von solchen Beweisen abhängig zu machen.

Der säumige Schuldner hat also, um von seiner Haftung befreit zu werden, den Nachweis zu führen, daß der Zufall auch bei rechtzeitiger Leistung die Sache bei dem Gläubiger getroffen und daß dieser sie bis dahin nicht veräußert haben würde. Wann soll dieser letzte Beweis als erbracht angesehen werden? Die herrschende Ansicht verlangt den strengen Nachweis von seiten des Schuldners, der Gläubiger würde wirklich nicht verkauft haben.[42] Bei der Schwierigkeit dieses Beweises ist der praktische Erfolg der, daß der Schuldner für gewöhnlich immer Ersatz leisten muß. Die zugunsten des Schuldners getroffene Ausnahmebestimmung ist, folgt man der herrschenden Ansicht, fast gegenstandslos. Und daher dürfte Dernburgs Ansicht zuzustimmen sein: „Der Schuldner genügt seiner Beweispflicht, wenn er Umstände dartut, aus denen sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, daß der Gläubiger nicht verkauft hätte".

Geflissentlich ist bis jetzt eine Frage übergangen worden: Hat nach römischem und gemeinem Recht der Schuldner den Beweis zu erbringen, daß bei rechtzeitiger Leistung

---

[42] Windscheid-Kipp a. a. O. 1906 S. 148, 14; Buchka a. a. O. S. 212; Wolff a. a. O. S. 466/67; Makeldey, Lehrb. d. röm. R. S. 135; Thibaut, System der Pand. 8. Ausg. S. 83; v. Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gemeinen Zivilr. S. 134/35.

die Sache durch denselben Zufall bei dem Gläubiger untergegangen wäre, oder soll er schon dann von seiner Haftung frei werden, wenn er nachweist, daß durch Zufall schlechthin (denselben oder einen anderen) die Sache bei dem Gläubiger ebenfalls zugrunde gegangen wäre. Die Quellen enthalten eine Antwort auf diese Frage nicht. Die l. 12 § 4 D. 10, 4 scheint für die letzte Ansicht zu sprechen. Durchweg verlangen die Bearbeiter des römischen und gemeinen Rechts, daß der Schuldner zu seiner Befreiung von der Haftung den Nachweis zu erbringen habe, derselbe Zufall hätte auch bei rechtzeitiger Leistung die Sache getroffen. Meistens finden wir diese Forderung ganz ausdrücklich ausgesprochen, und wo dies nicht der Fall ist, geht aus dem Inhalt unzweifelhaft hervor, daß dieser Nachweis als ganz selbstverständlich gilt. Es ist sehr wahrscheinlich, daß diese Frage überhaupt erst mit den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch in den Kreis der Betrachtung gezogen worden ist. Stark für diese Auffassung spricht der Umstand, daß Windscheid in der Heidelberger Krit. Zeitschr. Bd. 2 (1855) S. 556 ebenfalls den Nachweis fordert, derselbe Zufall hätte die Sache auch bei dem Gläubiger betroffen; in seinem Lehrbuch der Pandekten 8. Aufl. (1900!) will er den Schuldner schon dann von der Haftung befreit wissen, wenn derselbe oder ein anderer Zufall die Sache auch bei rechtzeitiger Leistung bei dem Gläubiger getroffen hätte.

Fassen wir nun die Antwort, die sich nach römischem und gemeinem Rechte auf unsere Frage ergibt, kurz zusammen, so sehen wir: In der Regel haftet der säumige Schuldner auch bei zufälligem Untergang der geschuldeten Sache. Von dieser Haftung wird er frei, wenn er den Nachweis zu erbringen vermag, einmal, daß derselbe Zufall auch bei rechtzeitiger Leistung die Sache bei dem Gläu-

biger betroffen hätte, zum andern, daß dieser sie bis dahin nicht verkauft haben würde. Dieser letzte Beweis ist als erbracht anzusehen, wenn der Schuldner Umstände dartut, aus denen sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, daß der Gläubiger nicht verkauft hätte.

II.

Das allgem. Landrecht für die preußischen Staaten bestimmt in Teil I Titel 16 § 18:

Was bei der verzögerten Übergabe einer Sache zu leisten sei, ist, wenn die Gesetze nicht besondere Bestimmungen bei gewissen Geschäften vorschreiben, nach den im Titel 7 bestimmten Verpflichtungen eines unredlichen Besitzers zu entscheiden.

Und Titel 7 § 241 erklärt:

Auch den Zufall muß der eigentlich unredliche Besitzer tragen, wenn nicht ausgemittelt werden kann, daß der Zufall die Sache im Besitz des Eigentümers ebenfalls würde getroffen haben.

Ursprünglich lautete der spätere § 241 ALR. I, 7 als § 190 des sogen. 1. Entw. und § 167 des gedruckten Entwurfs dahin, daß der unredliche Besitzer auch den bloßen Zufall tragen müsse, wenn der Eigentümer nachweist, daß der Zufall die Sache in seinem Besitz nicht getroffen haben würde. Maßgebend für diese Fassung war die zur Zeit der Vorarbeiten des allgem. Landrechts herrschende gemeinrechtliche Lehre (oben S. 3 ff.), daß der Eigentümer, welcher Ersatz verlangt, darzutun habe, daß er die Sache verkauft haben würde, ihn also der Schaden nicht getroffen hätte.[43] Auf das Monitum jedoch, daß dieser Beweis

[43] Simon-Strampf, Material des allgem. Landrechts zu der Lehre vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung (1836) S. 328.

sehr schwierig sei, weil er im Grunde eine Negation[44] enthielte, erhielt die Bestimmung ihre jetzige Fassung, durch welche dem unredlichen Besitzer die von ihm zu erweisende Einrede nachgelassen ist, daß der Zufall die Sache im Besitz des Eigentümers ebenfalls getroffen haben würde.[45] Wir haben oben gesehen, daß das römische und das gemeine Recht von dem säumigen Schuldner den Nachweis verlangen, der Zufall hätte die Sache auch bei dem Gläubiger getroffen, und dieser hätte sie im Falle rechtzeitiger Leistung behalten, nicht verkauft. Das in den Quellen stark betonte Moment des Verkaufs hat zu dieser Antwort geführt. Soll derselbe Beweis auch im allgem. Landrecht zu erbringen sein? Das allgem. Landrecht erwähnt das Moment, daß der Gläubiger hätte verkaufen und auf diese Weise dem Zufall entgehen können, mit keinem Wort. Hieraus haben Förster-Eccius[46] und das Reichsoberhandelsgericht (Bd. 9 S. 139, Bd. 21 S. 242) den Schluß gezogen, daß für das römische und gemeine Recht der Verkauf die Regel sei, für das allgem. Landrecht dagegen das Verbleiben des Gläubigers im Besitz. Wer geltend macht, die Regel wäre bei ihm ausnahmsweise nicht eingetreten, der habe den Nachweis hierfür zu erbringen. Und so verlangen Förster-Eccius und das Reichsoberhandelsgericht von dem Schuldner nur den Nachweis, daß der Zufall die Sache auch bei rechtzeitiger Leistung getroffen hätte. Sache des Gläubigers wäre es alsdann, im Wege der Replik nachzuweisen, daß in diesem besonderen Fall ihn infolge des Verkaufs der Zufall nicht getroffen hätte. Förster-Eccius will diesen Beweis

---

[44] vgl. hierzu Vangerow, Lehrb. d. Pand. Bd. 3 § 588, 3.

[45] Entsch. d. ROHG. Bd. 21 S. 242, Bd. 9 S. 139.

[46] Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuß. PrivR. 4. Aufl. 1880 § 105.

als erbracht ansehen, wenn der Gläubiger die Möglichkeit des Verkaufs nachweist. Darauf, daß diese sich für die weitaus meisten Fälle von selbst versteht, also eines Beweises gar nicht bedarf, nimmt Förster-Eccius keine Rücksicht. Das Reichsoberhandelsgericht (Bd. 9 S. 138 bis 142) verlangt von dem Gläubiger den Nachweis von Möglichkeit und Absicht des Verkaufs. Was letztere anbetrifft, so soll nicht nötig sein, daß sie in bestimmter Weise kundgegeben wird, vielmehr soll es genügen, daß sie aus den angeführten obwaltenden Umständen (z. B. der Kläger ist Kaufmann) zu folgern ist.

Eine wesentlich andere Auffassung vertritt Dernburg.[47] Förster-Eccius und das Reichsoberhandelsgericht sind durch eine Gegenüberstellung des römischen Rechts und des allgem. Landrechts zu ihrer Auffassung gekommen. Dernburg hält sich an den Wortlaut des § 247 ALR. I, 7: „Auch den Zufall muß der eigentlich unredliche Besitzer tragen, wenn nicht ausgemittelt werden kann, daß der Zufall die Sache im Besitz des Eigentümers ebenfalls getroffen haben würde". Im Besitze des Eigentümers muß der Zufall die Sache getroffen haben. Wie läßt sich aber dieser Nachweis erbringen, wenn nicht zugleich mit dem Beweis, daß der Zufall die Sache auch bei rechtzeitiger Leistung getroffen haben würde, der Nachweis geführt wird, daß der Gläubiger den Besitz zur Zeit des Eintritts des Zufalls noch gehabt, also die Sache noch nicht veräußert hat? Man könnte hier einwenden, daß bei dieser Verteilung der Beweislast der säumige Schuldner sehr schlecht gestellt ist, da dieser Nachweis für ihn sehr schwierig sein muß. Doch ist hier zu erwidern, daß ja die Haftung des säumigen Schuldners

---

[47] Dernburg, Preuß. PrivR. 5. Aufl. Bd. 2 § 72.

durchaus auch nach allgem. Landrecht die Regel ist und der Säumige nur in dem besonderen Fall, daß ihm der geforderte Nachweis gelingt, von der Haftung befreit werden soll. Verlangte man nun aber von dem Schuldner den strengen Nachweis, daß der Gläubiger wirklich nicht verkauft hätte, so ließe man ihn damit tatsächlich unbedingt haften; denn dieser Nachweis kann ihm nur in den seltensten Fällen gelingen. Man wird vielmehr auch hier sagen können und müssen: der Schuldner genügt dieser seiner Beweispflicht, wenn er Umstände und Verhältnisse nachweist, aus denen zu folgern ist, daß der Gläubiger zu der fraglichen Zeit noch im Besitz der Sache gewesen wäre.

Wie steht nun das allgem. Landrecht zu der Frage, ob der Schuldner nur dann von seiner Haftung frei werden soll, wenn er nachweisen kann, derselbe Zufall hätte die Sache auch bei rechtzeitiger Leistung bei dem Gläubiger getroffen, oder ob er schon dann seiner Beweispflicht genügt, wenn er nur den Nachweis erbringt, auch bei rechtzeitiger Leistung hätte ein Zufall (derselbe oder ein anderer) die Sache bei dem Gläubiger getroffen? Das allgem. Landrecht nimmt zu dieser Frage keine klare Stellung; die Kommentatoren schweigen. Es erscheint nach dem oben (S. 23) anläßlich dieser Frage bei dem gemeinen Recht Gesagten durchaus wahrscheinlich, daß nach allgem. Landrecht zur Befreiung von der Haftung der Nachweis zu fordern ist, derselbe Zufall hätte die Sache auch bei rechtzeitiger Leistung bei dem Gläubiger betroffen.

Und so fassen wir die Antwort, die das allgem. Landrecht auf unsere Frage gibt, dahin zusammen: Der säumige Schuldner, der von der in der Regel auch bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes eintretenden Haftung frei werden will, hat den Nachweis zu erbringen: 1. daß

auch bei rechtzeitiger Leistung dieser Zufall die Sache getroffen haben würde; 2. daß der Gläubiger sie nicht verkauft, sondern behalten und auf diese Weise ebenfalls den Schaden erlitten hätte. Was diesen letzten Punkt anbetrifft, so genügt der Schuldner seiner Beweispflicht, wenn er Umstände anführt, aus denen sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, daß der Gläubiger die Sache behalten hätte.

III.

Der code civil behandelt unsere Frage in Art. 1302 Abs. 2 u. 3:

Lors même que le débiteur est en demeure (et s'il ne s'est chargé des cas fortuits) l'obligation est éteinte dans les cas où la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée. Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue.

Es haftet also der Schuldner, wenn er im Verzug ist, auch bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes. Indessen ist er mit dem Nachweis zu hören, daß die Sache bei dem Gläubiger ebensowohl würde zugrunde gegangen sein. Ebensowenig wie das allgem. Landrecht betont der code civil das Moment des Verkaufs, das im römischen und gemeinen Recht eine so große Rolle spielt; ebensowenig wie das römische und das gemeine Recht und das allgem. Landrecht enthält er eine klare Stellung zu der Frage der Verteilung der Beweislast. Während Zachariae v. Lingenthal[48] von dem Schuldner nur den Beweis verlangt, der Zufall hätte die Sache auch bei dem Gläubiger betroffen, und dem Gläu-

[48] Zachariae v. Lingenthal, Handb. des französischen Zivilrechts Bd. 2 5. Aufl. (von Anschütz) § 331 S. 306 ff., 8. Aufl. (von Crome) § 310 S. 379, 8.

biger zur Erhaltung seiner Ansprüche den Nachweis gestattet, ihn hätte ausnahmsweise der Zufall nicht getroffen, da er die Sache nicht mehr in seinem Besitz gehabt habe, legt Windscheid im Rheinischen Archiv[49] dem Schuldner auch den weiteren Beweis auf, daß der Gläubiger die Sache zu der fraglichen Zeit noch im Besitz gehabt habe. Dieser Auffassung müssen wir uns nach dem oben bei dem allgem. Landrecht Gesagten anschließen. Ebensowenig Klarheit schafft der code civil hinsichtlich der Frage, ob derselbe Zufall zur Befreiung des Schuldners erforderlich ist, oder ob der Nachweis genügt, daß durch Zufall (denselben oder einen anderen) die Sache bei dem Gläubiger ebenfalls zugrunde gegangen wäre. Während Crome (in der 8. Aufl. von Zachariae v. Lingenthals Handb. des französischen Zivilrechts) dem Schuldner nur den ersten Nachweis als Befreiungsgrund anrechnet, wollen Anschütz (5. Aufl. des eben genannten Buches) und Windscheid auch im zweiten Falle den Schuldner von der Haftung befreit wissen. Eine eingehende, klarstellende Behandlung der ganzen Frage finden wir, wie gesagt, erst in den Vorarbeiten zu unserem Bürgerlichen Gesetzbuch.

IV.

Die Frage, welchen Beweis der säumige Schuldner zu erbringen habe, der sich zur Beschränkung seiner Haftung bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes darauf beruft, der Schaden würde auch bei rechtzeitiger Leistung die Sache getroffen haben, spielt auch in den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch eine große Rolle und ist auch

[49] Arch. f. d. Zivil- u. KrimR. der Kgl. Preuß. Rheinprovinzen Bd. 44 (1849) Abt. II B S. 20.

in diesem selbst nicht so klar entschieden, daß jeder Zweifel weichen müßte.

Die im September 1874 zusammengetretene sogen. 1. Kommission verteilte die einzelnen Materien auf ihre Mitarbeiter; dabei war die Ausarbeitung des Obligationenrechts dem württembergischen Obertribunalsdirektor v. Kübel zugefallen. Seine Vorschläge für unsere Frage finden wir in seiner Vorlage: Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Recht der Schuldverhältnisse I. Allgem. Teil mit Begründung (1882) in Abschn. 1 Titel 3 III, 2 §§ 22, 23.

§ 22: Vom Beginn des Verzuges an haftet der Schuldner, auch wenn er vorher in beschränkterer Weise verantwortlich war, für jede Fahrlässigkeit sowie für jede während des Verzuges ganz oder teilweise eingetretene Unmöglichkeit der Leistung.

§ 23: Bei Verbindlichkeiten auf Leistung einer Sache wird der Schuldner von der Haftung für Zufall (§ 22) frei, wenn er beweisen kann, daß der letztere die Sache auch im Falle rechtzeitiger Leistung bei dem Gläubiger betroffen hätte. Behauptet der Gläubiger, daß er die Sache vor dem Eintritt des Zufalls veräußert haben würde, so hat er diese Behauptung zu beweisen.

Kübel[50] erlegt also dem säumigen Schuldner allein den Beweis auf, daß auch bei rechtzeitiger Leistung der Zufall die Sache getroffen hätte, und überläßt es dem Gläubiger, im Wege der Replik den Nachweis zu erbringen, ihn hätte infolge Verkaufs dieser Schaden nicht getroffen.

---

[50] Die Frage, ob die 1. Kommission als solche ihren Beratungen den (unvollendet gebliebenen) Kübelschen Entwurf oder den nach Kübels vorzeitigem Tod (1884) an seine Stelle für den unvollendeten Teil getretenen sogen. Dresdner Entwurf zugrunde gelegt hat, ist ohne Belang, da beide Entwürfe in der vorliegenden Frage übereinstimmen.

Kübel behauptet in der beigegebenen Begründung, damit dem geltenden Recht und den in den älteren Entwürfen für ein deutsches Obligationenrecht zutage getretenen Ansichten zu folgen, und führt dafür an:

1. ALR. I, 7 § 241;
2. das allgem. BGB. f. d. Kaisertum Österreich § 965;
3. das BGB. f. d. Königr. Sachsen § 745;
4. das schweiz. Bundesgesetz, das OblR. betr. Art. 118;
5. code civil art. 1302;
6. Entwurf eines BGB. f. d. Königr. Bayern Teil II Buch 1, 2. Hauptstück Abt. 3 § 133 Abs. 2;
7. Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Dresden 1864, Art. 293 u. a. m.

Es ist oben gezeigt, daß allgem. Landrecht und code civil eine klare Antwort auf unsere Frage überhaupt nicht geben, es ist vielmehr nachgewiesen, daß die entgegengesetzte Auffassung viel eher aus ihnen zu sprechen scheint. Und auch das österr.[51] und sächs.[52] Bürgerliche Gesetzbuch sowie der bayerische[53] Entwurf (s. oben) ver-

[51] § 965: Hat aber der Verwahrer . . . die Zurückstellung verzögert, und die Sache leidet einen Schaden, welchem sie bei dem Hinterleger nicht ausgesetzt gewesen wäre, so kann er keinen Zufall vorschützen, und die Beschädigung wird ihm zugerechnet.

[52] § 745: Von Zeit des Verzugs an haftet der Verpflichtete für jede Verschlechterung, selbst wenn er vorher in beschränkterer Weise dafür verantwortlich gewesen ist. Er haftet auch für zufällig eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung, für die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der geschuldeten Sache, ausgenommen, wenn der Zufall die Sache auch im Falle zeitiger Erfüllung bei dem Gläubiger getroffen haben würde.

[53] § 133 Abs. 2: Von dieser Ersatzleistung ist der Schuldner nur dann befreit, wenn er beweisen kann, daß der Zufall auch bei rechtzeitiger Leistung den Gegenstand der Verbindlichkeit bei dem Gläubiger betroffen hätte.

mögen für Kübels Auffassung kein Zeugnis abzulegen; mit demselben Recht können sie für die gegenteilige Ansicht angezogen werden. Und was besagt nun Art. 118 des schweiz. Bundesges. über das OblR.?

„Befindet sich der Schuldner in Verzug, so haftet er auch für den Zufall. Er kann sich von dieser Haftung durch den Nachweis befreien . . ., daß der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteil des Gläubigers betroffen hätte."

Auch hier gibt der Text keine Handhabe, den angezogenen Artikel für Kübels Behauptung auszulegen, und die Kommentatoren haben gerade die gegenteilige Auffassung in dem Art. 118 gebilligt gefunden.

Schneider und Fick, Das schweiz. Obligationenrecht (größere Ausgabe) 1891 zu Art. 118 Anm. 4:

„Der säumige Schuldner . . . muß behufs seiner Befreiung den doppelten Nachweis führen:

1. daß der Zufall den Gegenstand auch bei rechtzeitiger Erfüllung getroffen haben würde;

2. daß der Gläubiger den Gegenstand bei rechtzeitiger Erfüllung auch im Momente des schädigenden Zufalls noch gehabt, d. h. nicht veräußert haben würde; denn sonst hätte eben der Zufall den Gläubiger nicht getroffen".

Von allen Beweisen, die Kübel für seine Behauptung anführt, seine Vorlage entspreche dem geltenden Recht und der herrschenden Anschauung, hält allein der Dresdner Entwurf stand.[54]

„Der Schuldner haftet auch für die während des Verzuges durch Zufall ganz oder teilweise eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung. Ist eine Sache Gegenstand

[54] Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Dresden 1864.

der Verbindlichkeit, so ist der Schuldner von dieser Haftpflicht befreit, wenn er nachweisen kann, daß der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung die Sache bei dem Gläubiger betroffen haben würde. Behauptet der Gläubiger, daß er die Sache vor dem Eintritt des Zufalls veräußert haben würde, so liegt ihm der Beweis dieser Behauptung ob."

Aber aus den Protokollen der Kommission zur Ausarbeitung eines Allgem. deutschen Obligationenrechts (Dresden 1864 Bd. 2 S. 909) erfahren wir, daß auch bei der Beratung dieses Entwurfes keineswegs die soeben wiedergegebene Verteilung der Beweislast unwidersprochen geblieben ist. Man hat darauf hingewiesen, daß die strenge Konsequenz dahin führe, den säumigen Schuldner auch den weitergehenden Beweis aufzuerlegen, daß der Gläubiger nicht verkauft haben würde. Die Rücksicht darauf, daß dem Schuldner mit diesem Beweis „nahezu etwas Unmögliches" auferlegt würde, hat die Kommission zu ihrer Verteilung der Beweislast gelangen lassen.

Wie hat sich nun die 1. Kommission als solche zu Kübels bezw. der im sogen. Dresdner Entwurf vertretenen Anschauung gestellt? Der von ihr verfaßte 1. Entw. behandelt unsere Frage in §§ 250—251.

§ 250: Der Schuldner haftet vom Beginn des Verzugs an wegen jeder Fahrlässigkeit, auch wenn er vorher in beschränkterem Umfang haftbar war.

§ 251: Der Schuldner haftet auch wegen einer während des Verzugs durch Zufall eingetretenen gänzlichen oder teilweisen Unmöglichkeit der Leistung, sofern nicht erhellt, daß der durch diesen Zufall entstandene Schaden auch im Falle rechtzeitiger Leistung entstanden sein würde.

Kübels bezw. des Dresdner Entwurfs Ansicht ist also nicht gebilligt worden; freilich erfahren wir dies mit Bestimmtheit erst aus den dem 1. Entw. beigegebenen

Motiven. Ob die bloße Nichtaufnahme von Kübels Vorschlägen zu dieser Annahme berechtigt, könnte immerhin zweifelhaft sein. Besondere Gründe für die Stellungnahme des 1. Entw. in unserer Frage enthalten die Motive nicht. Sie erklären, ihre Entscheidung stütze sich auf die gemeinrechtlich herrschende Ansicht und auf das sächs. BGB. § 745 und das schweiz. Bundesgesetz über das OblR. Art. 118. Die beiden letzteren hatte Kübel für die entgegengesetzte Ansicht angezogen, ein Beweis, wie wenig sie in Wirklichkeit zu beweisen vermögen.

Die Veröffentlichung des 1. Entw. rief eine lebhafte Bewegung hervor. (Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 3. Aufl. Bd. 1, Die allgemeinen Lehren § 3 III S. 7.) In einer Unzahl von Eingaben[55] sind von Behörden und Privaten zu den einzelnen Bestimmungen des 1. Entw. Abänderungsvorschläge gemacht worden. Unsere Frage muß doch wohl als völlig geklärt und die Entscheidung nach dieser Richtung für billig erachtet worden sein, sonst hätte wohl auch sie in diesen Eingaben Erwähnung gefunden.

Seit dem 1. Entw. ist die Frage nach der Verteilung der Beweislast in den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr behandelt worden. Eine andere Frage aber ist durch die Fassung des 1. Entw. in den Vordergrund gerückt: Hat der säumige Schuldner zu beweisen, daß auch bei rechtzeitiger Leistung die Sache bei dem Gläubiger durch denselben Zufall untergegangen wäre, oder genügt der Nachweis, daß die Sache auch sonst durch Zufall (denselben oder einen anderen) bei dem Gläubiger zugrunde gegangen wäre.

---

[55] Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen durch das Reichsjustizamt 1890.

Wir haben oben gesehen, daß das römische und das gemeine Recht es für selbstverständlich ansahen, daß derselbe Zufall die Sache bei dem Gläubiger getroffen haben mußte, um den Schuldner von seiner Haftung zu befreien. Darauf gestützt hat der 1. Entw. den gleichen Nachweis gefordert. Die Ansicht der 2. Kommission, die vorliegende Frage betreffend, finden wir in § 243 des von ihr geschaffenen 2. Entwurfs.

§ 243: „Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er haftet auch wegen einer während des Verzugs durch Zufall eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung, es sei denn, daß der Schaden auch im Falle rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde".

Erst aus der Gegenüberstellung mit § 251 des 1. Entw. und aus den den 2. Entw. begleitenden Protokollen ist ersichtlich, daß der 2. Entw. einen Beweis seitens des Schuldners dahingehend, derselbe Zufall hätte auch bei rechtzeitiger Leistung die Sache bei dem Gläubiger betroffen, nicht verlangt. Die Motive hatten die Forderung des 1. Entw. damit begründet:

„Wollte man dem Schuldner allgemein den Beweis nachlassen, daß der Gläubiger den Schaden auch sonst erlitten haben würde, so läge hierin die Anerkennung des Prinzips, daß der im Verzuge befindliche Schuldner überhaupt von der Haftung befreit werde, falls er beweise, daß der Gläubiger den Schaden später doch erlitten haben würde. Dieses Prinzip stände aber mit dem Wesen des Schadensersatzanspruches geradezu im Widerspruch".

Die Protokolle begründen die abweichende Ansicht der 2. Kommission wie folgt:

„Man ging davon aus, daß der Entwurf den dem Schuldner zur Abwehr der Haftung gestatteten Gegen-

beweis zu sehr beschränke, indem er den Nachweis fordere, daß eben derselbe Zufall, welcher den geschuldeten Gegenstand während des Verzugs betroffen hat, ihn auch im Falle rechtzeitiger Leistung bei dem Gläubiger betroffen haben würde. Durch diese Einschränkung werde die Einrede praktisch fast bedeutungslos. Die in § 251 Abs. 1 bestimmte Haftung sei eine Folgerung aus dem Satz des § 247 Abs. 1, daß der Schuldner den durch den Verzug verursachten Schaden zu ersetzen habe. Es komme auf den Kausalzusammenhang zwischen dem Verzug und dem Schaden an. Dieser Zusammenhang bestehe aber zwischen dem Verzug und dem durch die zufällige Unmöglichkeit der Leistung erwachsenen Schaden auch dann nicht, wenn der Verzug den geschuldeten Gegenstand dadurch, daß dieser dem Gläubiger vorenthalten worden sei, der Wirkung eines Zufalls entzogen habe, der den Gegenstand im Falle rechtzeitiger Leistung bei dem Gläubiger betroffen haben würde. Der Schuldner müsse sich deshalb auf einen solchen Zufall berufen können".

Zwar hielt die 2. Kommission es für geboten, der Frage näher zu treten, ob ihr vorgeschlagener § 243 einer Verdeutlichung nach der Richtung bedürfe, daß ein nach dem Entstehen des Schadensersatzanspruches eingetretener Zufall, der den Gegenstand bei dem Gläubiger betroffen haben würde, wenn er nicht schon vorher untergegangen wäre, selbstverständlich ohne jeden Einfluß sei. Weit eher hätte der § 243 einer Verdeutlichung dahin bedurft,

1. daß es Sache des säumigen Schuldners sei, nicht nur zu beweisen, daß auch bei rechtzeitiger Leistung der Zufall den Gegenstand bei dem Gläubiger betroffen haben würde, sondern auch den Nachweis zu führen, daß der Gläubiger den Gegenstand zu der fraglichen Zeit noch gehabt, nicht verkauft hätte;

2. daß es nicht derselbe Zufall zu sein brauche, vielmehr der Nachweis genügt, daß auch sonst durch Zufall (denselben oder einen anderen) der Schaden die Sache bei dem Gläubiger betroffen haben würde.

Mit unwesentlichen, redaktionellen Änderungen ging die Vorlage an den Reichstag, der die hier in Frage stehende Bestimmung unverändert annahm. Der § 287 BGB. bestimmt:

„Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde".

Also in der Regel ist der Schuldner auch bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes verhaftet, in dem besonderen Fall wird er frei. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es Sache des Schuldners ist, den Beweis zu erbringen, auch bei rechtzeitiger Leistung wäre der Schaden eingetreten. Die Frage aber, ob es auch dem Schuldner obliege, den Nachweis zu erbringen, daß der Gläubiger die Sache zu der fraglichen Zeit noch in seinem Vermögen gehabt hat, ist auch für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht unbestritten. Bedauerlicherweise hat dasselbe den ihm von Kübel und dem Dresdner Entwurf gewiesenen Weg, ein für allemal durch klare, eingehende Darstellung diese alte Streitfrage zu beseitigen, nicht eingeschlagen.

Die Auslegung, welche der § 287 BGB. erfahren hat, können wir in drei Anschauungen zusammenfassen.

Ein Teil der Kommentatoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs faßt die Stellung desselben zu der Beweislastfrage dahin auf: Der säumige Schuldner hat allein den Beweis zu erbringen, der Schaden wäre auch bei rechtzeitiger

Leistung bei dem Gläubiger eingetreten. Sache des Ersatz fordernden Gläubigers sei es, im Wege der Replik den Nachweis zu führen, ihn hätte der Schaden nicht getroffen, da er zu der fraglichen Zeit die Sache nicht mehr in seinem Besitz gehabt hätte. Die beiden Vertreter dieser Ansicht sind Kuhlenbeck und Meisner. Beide betonen folgendes:

In den Motiven (Bd. 2 S. 64) wird erklärt, durch § 251 des 1. Entw. sei zugleich entschieden, daß der Schuldner auch den Beweis zu erbringen habe, der Gläubiger würde die Sache behalten, nicht veräußert haben. Diese in den Motiven erklärte Auffassung hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden und ist deshalb nicht zu billigen. — Wenn man auch zugeben muß, daß eine klare Bestimmung dem Gesetze fehlt, so ist es doch nicht angängig, wegen dieses Mangels die Billigung der entgegengesetzten Auffassung ohne weiteres anzunehmen. Gewiß, ein „Motivenkultus" darf nun und nimmer dem klaren Wortlaut des Gesetzes An- und Absichten unterschieben, die in ihm nicht zum Ausdruck gebracht sind. Nun fehlt dem § 287 BGB. (der dem § 251 des 1. Entw. entspricht) eine Ausdrucksweise, die den Standpunkt des Gesetzes unzweifelhaft hervortreten läßt. Wenn man Kuhlenbeck und Meisner sehr weit nachgeben will, so kann man höchstens sagen, beide Auffassungen lassen sich mit gleichem Recht in dem Wortlaut des § 287 finden, nie aber kann man dem zustimmen, daß, weil ein in den Vorarbeiten erwähnter Standpunkt in dem Gesetz nicht zum Ausdruck gebracht ist, die entgegengesetzte Auffassung die Billigung des Gesetzes gefunden hat. Meisner ist zu seinem Standpunkt (wie Förster-Eccius und das Reichsoberhandelsgericht für das preußische Recht) weiterhin durch folgende Betrachtung gekommen. Im

römischen und gemeinen Recht ist der alsbaldige Verkauf der Sache als die Regel aufgefaßt; eine derartige Bestimmung fehlt dem Bürgerlichen Gesetzbuch, es ist deshalb nach ihm das Verbleiben des Gläubigers im Besitz das Regelmäßige. Der Schuldner genügt deshalb seiner Beweispflicht, wenn er nur den Nachweis erbringt, der Zufall hätte die Sache auch bei rechtzeitiger Leistung bei dem Gläubiger betroffen. Wolle letzterer geltend machen, er hätte ja gar nicht mehr die Sache gehabt, ihn hätte also der Schaden nicht getroffen, so ist er beweispflichtig.

Aus dem schon bei Behandlung dieser Frage nach preußischem Recht Angeführten ist dieser Ansicht nicht beizutreten: Ein Heranziehen des römischen und gemeinen Rechts zur Erläuterung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist durch nichts gerechtfertigt. Ein Anhalt dafür, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in bewußtem Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht das Verbleiben des Gläubigers im Besitz als die Regel auffaßt, ist nicht vorhanden; nirgends im Gesetz kommt diese Auffassung zum Ausdruck, was der Fall sein müßte, sollte sie Geltung haben.

Wenn man mit Meisner und Kuhlenbeck dem Gläubiger den Beweis auferlegt, er hätte verkauft, ihn also der Schaden nicht getroffen, so beschwert man ihn, der durch den Verzug an sich in eine nachteilige Lage versetzt worden ist, mit recht unbilligen Beweisen. Dies geben auch Meisner und Kuhlenbeck wenigstens indirekt zu, indem sie darauf verweisen, daß dieser Nachweis ohne eigentlichen Beweisantritt vielfach aus den Umständen zu entnehmen sein wird, z. B. im kaufmännischen Verkehr: auch habe ja der Richter vermöge der freien Beweiswürdigung die Möglichkeit (§ 287 ZPO.), dem Beweis eine für die Praxis geeignete Gestalt zu geben.

Kuhlenbeck und Meisner stehen mit ihrer Ansicht vereinzelt da. Die anderen Rechtslehrer erlegen sämtlich dem säumigen Schuldner, der von der Haftung frei werden will, auch den Beweis auf, daß der Gläubiger die Sache nicht veräußert, vielmehr behalten haben würde. Sie stützen sich dabei nicht auf die Motive, wie Meisner ihnen unterstellt; tatsächlich können die Motive hier nicht zur Begründung der herrschenden Ansicht herangezogen werden, weil ihr Standpunkt in dem Gesetz nicht zum Ausdruck gebracht ist. Sie gehen vielmehr mit Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 § 72 davon aus, daß der Zufall den Schaden für den Gläubiger doch nur dann zur Folge haben kann, wenn dieser die Sache zu der fraglichen Zeit noch gehabt hätte.

Soll nun aber der Schuldner den strengen Nachweis erbringen, der Gläubiger hätte bis dahin wirklich nicht verkauft? Die Mehrheit der Kommentatoren zieht diese Frage gar nicht in den Kreis ihrer Betrachtung. Man wird mithin wohl annehmen müssen, daß sie diesen Nachweis als selbstverständlich betrachten. Folgte man ihnen, so ließe man den Schuldner in Wahrheit unbeschränkt haften. Man wird deshalb den Rechtslehrern sich anschließen können und müssen, die von diesem strengen Nachweis absehen, sei es, daß man mit Kohler[56] und Staudinger[57] den Richter auffordert, diesem Beweis vermöge der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung eine dem praktischen Bedürfnis geeignete Form zu geben,

---

[56] Kohler, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 2 Teil 1 1906 S. 88.

[57] Staudinger, Komm. z. BGB. 1. u. 2. Aufl. 1901 Bd. 2, bearbeitet von Mayring, zu § 287, 2 Anm. b; die 3. u. 4. Aufl. 1903 2. Buch BGB. Bd. 2 zu § 287, 2 Anm. b hat die Ansicht ihres neuen Bearbeiters, Kuhlenbeck, übernommen.

sei es, daß man mit Oertmann[58] den Beweis dann als erbracht ansieht, wenn der Schuldner den Nachweis zu führen vermag, daß eine Abwälzung der Folgen des Zufalls durch den Gläubiger nach der Eigenart des Schuldobjekts oder nach der besonderen Sachlage nicht zu erwarten gewesen wäre.

Einigkeit herrscht nach der eingehenden Erörterung dieser Frage in den Motiven und Protokollen darüber, daß es nicht derselbe Zufall zu sein braucht, daß vielmehr der Schuldner seiner Beweispflicht durch den Nachweis genügt, auch bei rechtzeitiger Leistung wäre die Sache durch Zufall (denselben oder einen anderen) bei dem Gläubiger zugrunde gegangen.

Fassen wir nun die Antwort, die das Bürgerliche Gesetzbuch auf die vorliegende Frage gibt, kurz zusammen, so sehen wir:

Der säumige Schuldner wird von der in der Regel auch bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes ihn treffenden Haftung frei, wenn er den Nachweis zu erbringen vermag,

1. daß auch bei rechtzeitiger Leistung die Sache durch Zufall (denselben oder einen anderen) bei dem Gläubiger zugrunde gegangen wäre,

2. daß der Gläubiger die Sache zu der fraglichen Zeit noch in seinem Besitz gehabt hätte. Dieser letzte Beweis ist als erbracht anzusehen, wenn der Schuldner Umstände anführt, aus denen sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, daß der Gläubiger die Sache behalten hätte.

---

[58] Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse 1899 zu § 187 S. 45, 46.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 3. 11. 1886 wurde ich, Rudolf Kaschade, zu Militsch, Bezirk Breslau, als Sohn des Kaufmanns August Kaschade und seiner Ehefrau Luise, geb. Bley, geboren. Ich bin evangelischer Religion und preußischer Staatsangehöriger.

Michaelis 1905 bestand ich am Gymnasium zu Öls die Abiturientenprüfung. Ich studierte sieben Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten München (ein Semester), Tübingen (ein Semester) und Breslau (fünf Semester).

Am 23. 10. 1909 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 17. 12. 1909 das examen rigorosum.

Gegenwärtig bin ich dem Kgl. Amtsgericht zu Landeck als Referendar überwiesen.